

*Peruggiati
Fadda*

CARLO FADDA

SUL DIRITTO DI SEPOLCRO

CONTRIBUTO

ALLA TEORIA DELLA COMUNIONE

Estratto dal « Foro Italiano »
Anno XIV Fasc. XXIII

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPI

1889



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b -

655



CARLO FADDA

SUL DIRITTO DI SEPOLCRO

CONTRIBUTO

ALLA TEORIA DELLA COMUNIONE

Estratto dal « Foro Italiano »
Anno XIV Fasc. XXIII

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPI

1889

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA.

Udienza 4 settembre 1889; Pres. PANTANETTI P., Est.
GIUDICE, P. M. LANZILLI (concl. conf.); Palazzi-Gisberti (Avv. Rossi) c. Palazzi-Gisberti (Avv. DARI).

Legge preesistente — Interpretazione — Principi generali del diritto (Cod. civ. disp. prelim., art. 3).

Sepoltura — Condominio — Tumulazione d'estraneo — Diritto romano — Legislazione vigente — Maggioranza dei condomini (Cod. civ., art. 678).

In difetto di precise disposizioni di legge non è lecito ricorrere a legislazioni positive di altri tempi: i principî generali del diritto, ai quali si riferisce il codice civile nell'art. 3 disp. prelim., sono idealità positive e progressive nella evoluzione della vita sociale, non vuote astrazioni immanenti. (1)
Per diritto romano il ius sepulcri, ispirato alla pubblica necessità di provvedere con mezzi privati alla sepoltura dei cadaveri, attribuiva al condo-

mino di un sepolcro la illimitata facoltà di esservi sepolto e di inferre mortuum etiam invito socio. (2)

Nel diritto vigente, provvedendosi dalla pubblica Amministrazione alla sepoltura dei cadaveri, il ius sepulcri attribuisce a determinate persone soltanto la facoltà di essere sepolto nell'acquistato sepolcro, e non anche l'altra di farvi seppellire la salma di un estraneo contro il volere degli altri condomini. (3)

La volontà della maggioranza dei condomini di un sepolcro vale se trattasi di migliorarne l'uso in vantaggio di tutti, non per estendere ad estranei la partecipazione dell'uso stesso, assolutamente ed indivisibilmente personale a ciascun condomino. (4)

L'aver permessa la tumulazione del cadavere del marito nel comune sepolcro non obbliga il condomino a permettere che vi sia tumulata anche la salma della moglie, sebbene lo consentano tutti gli altri comproprietari. (5).

Il diritto romano può invocarsi a complemento del codice civile soltanto quando non sia in opposizione con i principî della nuova civiltà, con le credenze e con i costumi odierni. (1)

Anche in materia di comunione di sepolcri la maggioranza dei partecipanti può determinare le mo-

dalità e l'esercizio dell'uso del diritto alla tumulazione. (2)

Chi, essendo condomino di un sepolcro, consente che vi sia sepolto il cadavere di un estraneo, non può opporsi a che vi sia pur sepolta la salma della moglie di lui. (3)

(1-5) Presentiamo al lettore due importantissime sentenze, le quali, con opposti criteri, decidono gravissime questioni relative al diritto di sepolcro e alla comunione di esso. Una della Corte d'appello d'Ancona (vedi più innanzi, col. 1275); l'altra della Cassazione di Roma, che annulla la prima. I due giudicati pare a me, che confermino ad esuberanza quanto altre volte io affermava sulle colonne di questo giornale, che, cioè, da un canto lo *jus sepulchri* ha una importanza pratica grandissima; dall'altro, che la giurisprudenza si è invano affaticata per dare assetto a questo istituto, la cui difficoltà teorica ha recentemente rilevata un valente e giovane romanista (BOXFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi*, p. 176 nota 5). Di una cosa anzitutto dobbiamo rallegrarci. Di trovarci di fronte, forse per la prima volta, a due sentenze, che l'applicabilità del diritto romano in materia di sepolcri non accettano come indiscutibile. Tolta qualche inesattezza dal lato della formola, nulla di più vero di quanto afferma la Corte d'Ancona, che il diritto romano non è applicabile quando le sue statuizioni contrastino ai principi dell'odierna civiltà, a' nostri costumi, alle nostre credenze. Di questa affermazione, accettata anche dalla Corte suprema romana, e nuova nella nostra giurisprudenza in tema di sepolcri, nessuno può rallegrarsi più sinceramente di noi, che, modesti cultori del diritto romano, abbiamo posto ogni nostro sforzo nel mettere in guardia contro l'applicazione a' rapporti della nostra vita attuale di norme ispirate a

credenze, le quali ripugnano alla nostra civiltà. Però da questa premessa le due Corti hanno tratto conseguenze, che, col rispetto dovuto a due sì illustri Collegi giudiziari, non esito a qualificare erronee. E appunto ci sforzeremo di mostrare, che nella questione discussa la soluzione non poteva non essere conforme a quella del diritto romano.

Studiando la comunione del sepolcro, com'è regolata dal diritto romano, noi ci troviamo di fronte a norme, che sono il portato dello *jus commune*, ossia logiche conseguenze dell'istituto della comunione secondo il sistema romano, e ad altre, le quali invece si ispirano al carattere essenziale del *sepulchrum*, al concetto della religiosità, e sono quindi indubbiamente il portato di uno *jus singulare*. Evidentemente noi dovremo escludere senz'altro dall'applicazione odierna tutte le norme di questa seconda categoria. In quanto alle prime non si può *a priori* pronunziarsi sulla loro applicabilità attuale. Occorre istituire una nuova indagine: se il concetto romano della comunione risponda essenzialmente al nostro, e se quelle norme, che potevano convenire al concetto romano, si attaglino a quello del diritto italiano. Ma non basta. Per saggiare le dottrine della Cassazione occorre ancora un'altra indagine. Il contenuto dello *jus sepulchri* è identico per diritto romano e pel nostro diritto? Il risultato di queste ricerche, lo diciamo fin d'ora è contrario alle affermazioni (pur fra di loro repugnanti) delle due sentenze che esaminiamo.

Cominciamo col riferire i vari passi delle fonti romane, nei quali è parola della comunione in relazione al seppellimento.

a) ULPIANUS lib. XXV ad edictum (fr. 6 de religiosis 11. 7) cfr. fr. 10. 3. 30.

.... sed in utroque heredibus quidem ceterisque successoribus qualescunque fuerint *licet sepeliri et mortuum inferre*, etiam si ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint, *licet non consentiant alii*.

b) MARCIANUS lib. III instit. (fr. 6 § 4 der. d. 1. Scfr. I. 2. l. 9).

Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum purum, in communem autem locum purum invito socio inferre non licet: *in commune vero sepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre.*

c) ULPIANUS lib. XIX ad edictum (fr. 6 § 6 communi divid. 10. 3).

Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum, et sane *jus quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit*, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et La-beo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.

d) CALLISTRATUS lib. II instit. (fr. 41 de relig. 11. 7).

Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus inferitur, omnes consentire debent eum extranei inferantur: nam ex ipsis dominis quemlibet recte ibi sepeliri constat, etiam sine ceterorum consensu, maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur.

e) PAPINIANUS lib. VIII quaestionum (fr. 43 eod. tit.)

Sunt personae, quae quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum cuius fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit: nam si intulerit non faciet justam sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de jure domini quaeritur aget, eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult; nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem quae pro religione facit.

f) POMPONIUS lib. XIII ad Sabinum (fr. 39 pro socio 17 2)

Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio.

g) ULPIANUS lib XXV ad edictum (fr. 2 § 1 de relig. 11. 7.)

Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit. tenetur in factum actione. «in locum alterius accipere debemus sive in agro, sive in aedificio.... an et socius teneatur si ignorante socio intulerit, tractari potest: est tamen verius familiae erciscundae vel communi dividundo conveniri eum posse.

Questi testi contemplano due ipotesi ben distinte. Introduzione di un cadavere, fatta da un socio o condomino, in luogo comune puro: introduzione di un cadavere in un *sepulchrum* (*res religiosa*) comune. In quest'ultima ipotesi tutti i giureconsulti sono d'accordo nel riconoscere il diritto del condomino di *inferre mortuum*, sieno pure contrari gli altri condomini. In tal senso è da intendere anche il passo (c), malgrado la contraria interpretazione dell'EISELE (*Arch. per la pratica civile*, LXIII. 47), sulla quale torneremo fra breve. In ordine all'altra ipotesi le soluzioni date ne' vari passi non sembrano in armonia fra loro. Marciano (b) nega senz'altro il diritto d'illazione *invito socio*. Ulpiano (c), posto il fatto dell'illazione, nega, che un socio possa, per ciò solo, rendere religioso il luogo. Soggiunge che, malgrado ciò, Trebazio e Labeone pensavano, che l'azione spettante al condomino opponente fosse l'*a. in factum*. Altrove (g) però afferma non potersi qua parlare di *a. in factum*, e fa invece ricorso agli *judicia familiae erciscundae* e *communi dividundo*. Callistrato (d) esige l'unanime consenso de' soci nel caso d'illazione d'estranei, non già in quello di illazione d'un socio: specie se non vi sia altro luogo per il seppellimento. Papiniano (e) nega al condomino il diritto di rendere religioso il terreno comune: tuttavia gli accorda l'*interdictum de mortuo inferendo* contro qualunque altro condomino, che frapponga ostacolo alla illazione. Pomponio (f) infine, nel caso d'illazione già avvenuta, attribuisce al condominio dissenziente l'*a. pro socio*.

Ora un punto sul quale a noi non sembra lecito il dubbio

è questo: che le norme tutte relative alla seconda ipotesi, le quali consentono (con maggiore o minore larghezza) la introduzione d'un cadavere in luogo puro comune, sono di carattere singolare. Il modo stesso con cui si esprimono i giuriconsulti è decisivo. Ma è solo a questa ipotesi, che vanno riferite le espressioni di Papiniano accennanti a singolarità, espressioni, che invece le due sentenze, che esaminiamo, riferiscono alla prima. Erra quindi l'EISELE (op. cit.), quando arriva ad affermare, essere logicamente discendente dal concetto romano della comunione il diritto di rendere religioso il luogo puro comune, e doversi considerare come una limitazione dettata da pratiche necessità il diniego di un tale diritto. Queste sue affermazioni derivano dal concetto, che egli si forma della comproprietà romana, e crede di mostrarle vere in base al fr. 6 § 6 comm. div. (c), sulla interpretazione del quale credo utile fermarmi, perchè si tratta di uno de' testi più importanti relativi al sepolcro comune. EISELE scrive: «Noi spieghiamo questa decisione, in modo affatto semplice, così: poichè ogni comproprietario è proprietario *in solidum*, non già nel senso respinto nel fr. 5 § 15 *commodati*, ma in quello sopra svolto — deve anche competergli *in solidum* il diritto di seppellimento su quel terreno, di cui è proprietario *pro parte*. Come però la dottrina dominante giustificherà ciò? Si ponderi quanto segue. È risultato inammissibile anche per Ulpiano, che un comproprietario colla sua *illatio mortui* possa rendere il fondo comune una *res extra commercium*, epperò distruggere il diritto degli altri comproprietari. Se in ordine alla essenza del condominio egli avesse avuto una opinione, come quella sostenuta da Eck e da Göppert, nulla vi sarebbe stato di più semplice che dire in base ad essa: *lojus mortuum inferendi* non lo ha il singolo, ma l'universalità de' comproprietari: e invero non l'ha il singolo, in quanto egli, come proprietario di una *pars*, non può averlo *in solidum*, e d'altro canto è impossibile seppellire *pro parte* un morto. Ulpiano invece si adatta a confessare che una il-

latio mortui, in sè e per sè legittima, non può rendere *religiosus* il relativo *locus*! Noi pensiamo: non può accamparsi un argomento più forte per mostrare, che i giuristi romani dividevano la nostra opinione sull'essenza formale della proprietà. Ora, qualunque cosa possa pensarsi della teoria dell'EISELE (la quale del resto in Italia ha trovato adesione presso lo SCIALOJA), certo è che non la si può fondare sul passo d'Ulpiano, nel quale è detto addirittura il contrario di quel che l'EISELE pretende, e appunto è affermato quanto, secondo il chiarissimo professore di Freiburg, basterebbe per provare che Ulpiano la pensava come Eck e Göppert. Il giureconsulto in questo passo, come già nel passo (a), e come Marciano nel passo (b), distingue le due ipotesi più volte accennate, pone in antitesi il *sepulchrum* comune col *locus purus* comune, e in ordine a questo afferma, in ordine a quello nega lo *jus mortuum inferendi in solidum*. Basta porre questo passo in relazione coll'editto (fr. 2 § 2 h. t. Cfr. pure fr. 7 eod. tit.) e coi §§ 4. 5 del fr. 2 h. t., pure di Ulpiano, per scorgere subito quanto sia infondata la interpretazione dell'EISELE, e con quanta precisione il giureconsulto ponga l'antitesi. Sarebbe una stranezza senza pari, che Ulpiano, riconosciuto lo *jus mortuum inferendi*, negasse la necessaria e logica conseguenza, la religiosità del luogo, e ciò non solo senza indicare la ragione, ma senza nemmeno accennare alla singolarità. Insomma la infondatezza della interpretazione è tale, che reputiamo superfluo spendere altre parole per confutarla. Trattandosi di un valente romanista come l'EISELE, noi non possiamo credere se non ad una distrazione per parte sua.

Fermato così il concetto della singolarità delle decisioni relative alla seconda ipotesi, occorre accertare quale fosse la estensione di questa eccezione. È certo, anzitutto che alcuni passi tacciono assolutamente di essa; onde qualche scrittore credette doverne concludere, che essa sia scomparsa nel diritto giustiniano. Il PAGESTECHER, *La teoria romana*

della proprietà (die römische Lehre vom Eigenthum) I p. 29 § 11, così scrive: « Già nel § 9 Inst. de r. d. 2, 1 manca il ricordo di questa ragione derivata dalla religione pagana dello Stato. Poichè se in essa si dice: *in communem autem locum purum invito socio inferre non licet*, ciò significa nello intero contesto del paragrafo, che l'atto in contrario non rende religioso il luogo ». Però contro questo modo di pensare, basti osservare, che il citato paragrafo delle Istituzioni giustiniane non è se non la riproduzione del surriferito passo di Marciano (b), e che nelle Pandette, accanto a questo, sono accolti gli altri passi, che ammettono la eccezione. Che i compilatori delle Istituzioni non abbiano in genere pensato ad abrogare tacitamente l'antico diritto singolare, è reso verosimile dal riflesso, che in un libro di elementi pei principianti bastava l'accenno alla regola generale, e che per le eccezioni e per le particolarità si sia rinviato (come spessissimo troviamo essersi fatto) a' Digesti. Il vero è che anche lo Stato ufficialmente cristiano tenne fermo il concetto della religiosità: nè quindi può sopra un mutamento di tal sorta fondarsi la cessazione delle eccezioni. Tanto più se si ponga mente, che solo molto tempo dopo Giustiniano incominciò l'uso del seppellimento nelle chiese. Ad ogni modo, mantenuto il carattere religioso, non può credersi che Giustiniano ne abbia senz'altro abolite le conseguenti singolarità

Indiscutibile fra queste era secondo il diritto delle Pandette, che in luogo puro comune ciascuno de' condomini avesse diritto di essere seppellito, tanto più se mancava altro luogo, soggiunge Callistrato (d). E qua naturalmente conviene completare: Se manca altro luogo di sua esclusiva proprietà. Questa singolarità non risulta da altro passo: ma non è nemmeno contraddetta, poichè se è vero che si nega lo *jus sepeliendi*, non si parla di quello di essere seppellito (*sepeliri*). E credo che altra singolarità nel senso di poter render religioso il *locus communis* non si riscontri nelle fonti, e tanto meno nel cit. fr. 43 di Papiniano (e). Si suole gene-

ralmente affermare, che questo passo, pur negando in tesi astratta al condomino il diritto di rendere religioso il luogo, glielo concede per via indiretta e come singolarità.

La *illatio mortui* per parte di un condomino *non faciet justum sepulchrum*, ossia non renderà religioso il terreno comune: tuttavia, se uno degli altri condomini si opponga, potrà la sua opposizione essere superata coll' *interdictum de mortuo inferendo* (PAGENSTECHE 1. c.). In sostanza, un condomino potrebbe nel luogo puro comune *inferre mortuum in vitis ceteris*. Ora io sono d'avviso, che in tutt'altro senso debbano intendersi le parole di Papiniano. Se il condomino seppellisce *in vitis ceteris*, è certo che esso si troverà nella identica condizione di un terzo qualunque, che seppellisca in luogo altrui: e ciò afferma Papiniano colle parole *non faciet justum sepulchrum*. Epperò, se non potranno gli altri condomini di proprio arbitrio, senza decreto pontificale o imperiale, togliere il cadavere, sotto pena di soggiacere all' *actio injuriarum* (fr. 8 h. t.), potranno ottenere che il condomino inferente tolga il cadavere o paghi il *pretium loci* (fr. 7 eod. tit.). [Vedi però in generale sopra l'a. *in factum* e le sue conseguenze PERNICE, *La-beo* II, 146, seg.]. Come mai può esservi differenza fra il seppellimento effettuato senza permesso, e quello eseguito in base all' *int. de mortuo inferendo*? È egli possibile credere, che un atto, vietato dal diritto, diventi legittimo solo per ciò che si fa ricorso a questo interdetto? Come può il pretore autorizzare il definitivo seppellimento d'un cadavere in terreno comune, se non riconosce efficacia al seppellimento già effettuato? Tanto più che questa differenza non può spiegarsi collo scopo di punire colui che seppellisce di proprio arbitrio, in quanto questo carattere punitivo non appare affatto dalle parole del testo, anzi è escluso da ciò che il testo stesso in via di principio nega a chi può valersi dell' *int. de mortuo inferendo* il diritto di illazione. La motivazione stessa di Papiniano esclude tale concetto, in quanto la pubblica utilità, che vi è nel caso di seppellimento effettuato in base al-

l'interdetto, vi è pure nel caso in cui si seppellisca a insaputa del socio. Anche in questo le ragioni di pietà, di religione, di igiene dovrebbero prevalere. Io ritengo, che unica via di scampo ad evitare assurdi sia quella di spiegare la decisione di Papiniano nel senso da molti antichi già sostenuto, di introduzione temporanea del cadavere fino a trovare un luogo opportuno pel seppellimento. Così la Glossa (ad. h. l. v. *inferre vult*): *nam inferre quidem potest quamdiu alius locus paratur, vel parari possit. postea autem tenetur auferre per actionem in factum*. Si tratterebbe quindi, osserva il POTHIER (*Pand. XI. 8. 2 ad h. l.*) di questo: *ut nihilominus liceat, invito socio et fructuario, corpus tantisper ibi deponere, donec locus opportunior inveniatur*. Questa interpretazione si raccomanda per più riguardi. Anzitutto perchè non pare fosse cosa inconsueta questa di depositare i cadaveri per riporli poscia altrove (cfr. fr. 39. 40 h. t., c. 10 de religiosis. 3. 44). Poi perchè essa pone d'accordo Papiniano cogli altri giureconsulti, anzi, con sè stesso. Papiniano infatti afferma che *socius non potest facere religiosum locum*, e così pure Ulpiano (c). Ora se il cadavere dovesse restare definitivamente, converrebbe necessariamente ammettere, che, il luogo diventa religioso. Infine, quando pure un dubbio potesse restare, soccorre uno de' più elementari criteri d'ermeneutica legale, e, cioè, che nello interpretare una disposizione di diritto singolare, nel dubbio, bisogna accogliere quel senso, che rende meno grave la deviazione dal diritto comune. Un solo punto, avente importanza processuale, pare dividesse i giureconsulti. Quale azione compete al condomino contro l'altro condomino, che *invitis ceteris* ha seppellito un cadavere? Ma è un punto che per la nostra questione non ha importanza (cfr. SCHOTT, *Das jus prohibendi* p. 10).

È tempo oramai di tornare alla decisione relativa alla prima ipotesi, a quella del *sepulchrum commune*. Le fonti romane dichiarano concordi essere in diritto ogni titolare dello *jus sepulcri* di *inferre mortuum* nel sepolcro comune, *etiam in-*

vitis ceteris. Per ritenere tale conseguenza perfettamente conforme a' principi romani sulla comunione, basterebbe porre al modo stesso con cui i giureconsulti si esprimono. L'antitesi fra le due ipotesi è posta in modo reciso, e mentre la decisione relativa alla prima è formolata senza esitazioni e senza ricorrere a giustificazioni e spiegazioni, quella relativa alla seconda è tosto comentata e motivata, riferendosi appunto a quel carattere di religiosità, che costituisce la specialità del *sepulchrum*. Ma, a parte questa ragione, riflessi anche più forti stanno a provare la normalità della decisione.

Nella comunione si ha un'antitesi fra il diritto della universalità e quello de' singoli (DERNBURG I 2, ed. p. 451 § 196): fra l'interesse generale e quello de' singoli comproprietari (HESSE, *I rapporti giuridici fra vicini* [Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücknachbarn] p. 452 § 97 2^a ediz.). È scopo precipuo della legge e della scienza del diritto il conciliare ed armonizzare questi opposti elementi. È ben chiaro che il diritto di un condomino sarebbe frustrato e ridotto nel nulla, ove in ogni sua esplicazione dovesse avere sempre per sé il concorde volere di tutti i condomini. Il diritto romano ha certo limitato gravemente la libera esplicazione del diritto individuale, facendo dipendere dalla opposizione di un solo la proibizione di qualunque iniziativa, sia pure favorevole all'interesse comune. Però molte esagerazioni degli interpreti non debbono essere poste a carico del diritto romano. È notissimo il fr. 28 § 10 comm. div. 10. 3 in cui Papiniano scrive: «Sabinus in re communi neminem dominorum jure *facere* quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat». Ora questo testo è di solito inteso malamente. Così il WINDSCHEID (Pand. I 6 ediz § 169 e nota 4) scrive: «il rapporto, che in proposito si verifica, è così da concepire, che nessuno dei proprietari può influire sulla cosa (*auf die Sache einwirken*) senza la volontà degli

altri». E il PRIZER (*Dizionario giuridico di Holtzendorff* [H. Rechtslexikon] 3^a ed. 1851, vol. II v. Miteigenthum p. 787): poichè l'uso contemporaneo della intera cosa è impossibile, sarebbe in sè ogni condomino autorizzato a proibire l'uso per parte del condomino». E il WENDT (Pand. § 116 p. 324): «Contro la opposizione, sia pure di chi ha la porzione menoma, nulla può accadere sulla cosa e colla cosa». Il BRINZ (Pand. 12. ed. § 131 p. 476):.... gli atti di uso e di godimento, per sè indivisibili, possono appartenere a ciascuno soltanto solidariamente (*ganz*), tuttavia, in ragione della comunione, a nessuno senza il consenso degli altri». Ma la impossibilità pratica di attuare tale principio, e il responso di altri passi delle fonti, costringono tosto gli stessi scrittori ad ammettere, che anche l'interesse e il diritto del singolo può esplicarsi liberamente entro certi limiti anche di fronte all'opposizione di tutti gli altri. Onde il WINDSCHEID soggiunge subito appresso: «Tuttavia questa norma non viene esplicata a rigore di logica astratta, ed in ispecie deve ogni comproprietario consentire all'altro l'uso della cosa, in quanto questa non ne resti danneggiata, nè si sminuisca il suo proprio uso». E il PRIZER: «L'interesse de' comproprietari ripugna alla applicazione di questo principio: onde ogni comproprietario ha da essere autorizzato ad uno sfruttamento (*Benützung*) della cosa, non contraddidente alla destinazione di essa, ed equamente ispirato al rispetto dell'uguale diritto de' comproprietari». Ora queste stesse correzioni portano in sè la condanna del principio generale e di quella esorbitante interpretazione dei passi delle fonti relativi allo *jus prohibendi*. Quando si pretende disciplinare un istituto tenendo conto di un solo punto di vista, e svolgendo questo con logica esclusiva, si cade necessariamente nell'assurdo. Io ritengo, che sia sempre decisivo lo scopo pratico dell'istituto, e fra i non pochi nè tenui meriti dello IHERING pongo quello di avere con tanta energia accentuato il principio teleologico, che toglie la scienza del diritto dalla pericolosa regione delle nebulose

astrazioni. Se lo ammettere un principio generale rende frustraneo lo scopo di un istituto, non si deve esitare a ripudiare questo principio, quando un testo positivo non ci vincoli. Ora si immagini la comproprietà organata a stregua del principio esclusivo dello *jus prohibendi*, e si vedrà tosto che tale istituto in pratica non può funzionare. E allora invece di porre un principio falso, per rinnegarne le conseguenze, è mestieri indagare quale è effettivamente la norma regolatrice data dalle fonti. Ora, sia pure che nel diritto romano il centro di gravità si trovi dalla parte del diritto individuale, come afferma il DERNBURG (l. c.), nel senso, che uno solo può impedire in molti casi l'attuazione della volontà degli altri; certo è però, che non si può trovare nella comproprietà romana il solo diritto ne' condomini di impedire che gli altri facciano qualcosa, ossia un diritto di carattere negativo, ma vi deve essere e vi è pure un diritto ne' condomini avente carattere positivo, e che attribuisce a ciascuno la facoltà di porre in essere certi atti, anche renuenti gli altri. Il DERNBURG stesso soggiunge che i diritti individuali sono tanto indipendenti *wie es mit dem Wesen des Miteigentums irgendwie verträglich ist*. Con ciò si riconosce che la essenza del condominio, che appunto consiste in qualche cosa di positivo, è tenuta in conto nelle fonti, ossia, che all'elemento negativo, allo *jus prohibendi*, è data sì amplissima libertà, ma pur solo quella libertà che può essere tollerabile colla possibilità pratica della esistenza del condominio stesso. E allora il *facere* nel fr. 28 cit. non può comprendere qualunque atto di uso, di possesso, di disposizione sulla cosa, ma solo quegli atti, che importino una novità, sia pure utile, anzi addirittura necessaria. Certo è che tutti gli scrittori riconoscono esservi per diritto romano una certa sfera d'azione pienamente libera per ogni condomino, e in ispecie, che ogni condomino può servirsi della cosa comune per l'uso cui è destinata, indipendentemente dalla volontà degli altri. Così il WINDSCHEID e il PRIZER nei passi già citati; così ancora, tra

altri, il DERNBURG (op. cit. p. 452: «anche al corrispondente uso.... ha ogni comproprietario un diritto per sè stante»), il HESSE (op. cit. p. 469: «ogni comproprietario ha della cosa il pieno uso, cui essa è destinata»). E in tema di sepolcro comune noi troviamo unanimi i romanisti nel considerare come derivante dal concetto della comunione la facoltà di seppellire *etiam invitis ceteris*. E non poteva essere diversamente. Infatti, come appare dal fr. 6 *de religiosis* 11, 7, il titolare dello *jus sepulchri* poteva farsi seppellire e far seppellire altri (*sepeliri et mortuum inferre*). È naturale quindi, che quando sopra uno stesso *sepulchrum* concorrono più diritti aventi tale contenuto, ciascuno de' titolari abbia potestà di esercitare le facoltà in questo comprese, indipendentemente dall'assenso degli altri. Qua non si tratta di una novità nella destinazione della cosa, di un *facere* nel senso del cit. fr. 28 comm. div., bensì dell'uso della cosa secondo l'unica ed esclusiva destinazione di questa. Il principio teleologico porta appunto a ritenere questa indipendenza nel diritto dei singoli. Seppellire un cadavere *pro parte* non si può, come non si può *uti pro parte* (fr. 5 § 15 *commodati* vel *contra* 13, 6; fr. 19 *de usu* 7, 8). E come fra più titolari di un diritto di uso l'*uti* da canto di ciascuno è necessaria esplicazione del diritto, così è nella specialità dello *jus sepulchri*. Se il diritto di uno dovesse qua fermarsi di fronte all'ostacolo frapposto dagli altri, ne deriverebbe, che egli non ha più lo *jus mortuum inferendi*, ma lo ha solo in quanto gli altri non si oppongono, ossia manca assolutamente il contenuto e lo scopo dello *jus sepulchri*. E la assurdità appare anche più evidente ove si ammetta, che contenuto dello *jus sepulchri* sia (per legge, regolamento, titolo costitutivo) solo il *sepeliri*. Si può ammettere, che un socio non possa essere seppellito senza l'assenso degli altri? Talchè la perfetta normalità della decisione data dalle nostri fonti per la seconda ipotesi, ne pare dimostrata.

Nè sarà qua inutile il riferire le opinioni de' commenta-

tori al riguardo. E cominceremo dal CUIACIO (*Notae et Scholia in lib. II Instit. Iustinian. Opera omnia*, Prati 1836 II c. 773. v. *etiam invitis*), perchè credo che non si potrebbe con maggiore esattezza segnare l'antitesi fra il carattere normale della regola relativa alla seconda ipotesi, e l'anomalia di quella relativa alla prima. «*Idque socius facit non favore religionis, sed suo jure, quia ei rei locus destinatus erat, ut in l. si fratres § Mela D. pro socio. Favor religionis tunc maxime est, cum ne cadavera insepulta maneant, in locum purum illatum habere mortuum permittitur. l. sunt personae D. de relig. l. arboribus § navis D. de usufr.*» GOTOFREDO (ad l. 2 § 2. 6. h. t. e ad § 9 Inst. de r. d. 2. 1): «*quoniam sepulchro ad hoc utimur.*» POTHIER (Pand. ad l. 6 § 4 D. de rer. div. I. 8. 4): «*In communem locum profanum inferre mortuum non licet, at in commune sepulchrum licet, quia ad id destinatum est.*» GIPHANIUS (*In quatuor libros Instit. juris civilis commentarius*, Argentorati 1611, lib. II, tit. 2 § religiosum, v. *in communem autem locum*): «*hic de communi loco: de quo distinguit inter purum sive prophanum et religiosum, id est, sepulchrum: quod scilicet in sepulchro communi potest socius inferre etiam quemlibet extraneum invitis sociis; in locum purum non nisi consentientibus. l. 2 § an et socius, l. 43 sunt personae ff. de religiosis et sumpt. funer., l. 6 si quis § si quis in communem ff. comm. divid.* Ratio differentiae est: quia in re communi socius non potest partem socii facere deteriorem, l. nemo ex sociis ff. pro socio. Fit autem locus deterior religione: quia eximitur commercio. At cum locus jam est religiosus, id est, cum sepulchrum commune, socius inferendo non nocet. Deinde potest socius etiam invito socio re communi uti, modo ad eum usum cui res est destinata, ut sepulchro sepulchrum arg. l. si aedes 12 ff. comm. divid..» ALTOGRADUS (*Consiliorum sive responsorum et rerum super iis judicatarum libri duo*, Lucae 1643, lib. I p. 737 cons. 100); «*et jure communionis potest uti ad libitum, non secus ac si esset propria, dum non excedit usum*

ad quem destinata est, ut advertit *Aym.* dict. cons. 676 n. 3, ubi etiam quod socii jus non laeditur, dum ad ministerium destinatum usus rei communis adhibetur, et est textus in § *religiosum Instit. de rer. divis.* et ibi adde glossam in verb. *invitis*, et ibi Aretinus n. 3 vers. *noto quod si sepulchrum est commune*, Faber ibi super verb. *in communem* num. 1, Port. ibi. num. 10, optime videndus Giffanius super verb. *in communem autem*, ubi quod socius in sepulchrum commune potest invitis sociis inferre etiam quemlibet mortuum extraneum, cum semper verum sit, eum uti sepulchrum ad usum destinatum: et certe quidnam interest dominorum de Gratianis, quod dominus Stephanus utatur lodia communi, eundo et redeundo per januas? idem enim prorsus erit usus, idem transitus, et eadem prorsus socii incommoditas. SABELLI *Summa diversorum tractatumum* Parmae 1733 ed. Crescini vol. IV v. sepultura p. 157 n. 5): «Quod in sepultura communi inter plures possit per unum ex sociis inferri cadaver cujuslibet extranei etiam invitis aliis sociis, cum socius inferens mortuum extraneum dicatur hoc modo uti re communi ad usum destinatum, quod est permissum uni socio etiam invitis aliis». HILLIGERUS *Not. ad DONELLI Comm. jur. civ.* Lucae 1762. lib. IV c. 1 n. 19 vol. I p. 639): «In commune enim sepulchrum licet (inferre) vel invitis sociis d. § 9 Inst. L. 6 § pen. D. h. t. Utitur enim re secundum eum usum, cujus gratia constituta est. Et sic non obstat L. 18 D. comm. div. Pacius Iquaest. 35». E per non prolungare questa già troppo lunga serie di citazioni, ricorderò fra i più moderni il HESSE, il quale tanto ritiene normale questo diritto del condomino, che a suffragare la proposizione generale relativa al diritto di uso competente ad ogni comunista invoca appunto il § 9 Inst. de r. d. 2. 1, che quel diritto esclusivo di seppellire *invitis ceteris* afferma (p. 469 nota 48 e gli scrittori ivi citati). Di tale avviso sembra pure il PAGEUSTEGER (l. c.), poiché dal complesso del suo ragionamento appare, che la singolarità egli limiti alla decisione relativa al seppellimento

in luogo puro comune. Maggiori dubbi vi sono in ordine alla opinione del WINDSCHEID, il quale (§ 169 nota 4 in f.), dopo avere accennato alla massima *in re communi etc.*, soggiunge: «particolare decisione in ordine al seppellimento di un cadavere: l. 41, 43 D. de relig. 11, 7, l. 6 § 6 D. comm. div. 10, 3». Se i primi due testi citati si riferiscono alla singolarità della prima ipotesi, il terzo parla anche della seconda ipotesi, onde pare che il WINDSCHEID attribuisca anche a questa eguale carattere. D'altra parte il singolare adoperato fa pensare il contrario, in quanto trattandosi di due disposizioni ben distinte, volendo comprenderle ambedue, si sarebbe adoperato il plurale.

La precedente esposizione parmi abbia posto fuori questione, che lo *jus mortuum inferendi in commune sepulchrum* è perfettamente consono a' principi della comunione qual'è regolata dal sistema romano. Prima però di passare ad altro, conviene che noi ci facciamo carico di una grave obiezione, che può essere mossa al nostro modo di vedere. Tanto più grave per noi, in quanto non si fonda sopra un riflesso d'indole teoretica o logica, ma d'indole pratica. Ammesso questo diritto autonomo in ciascun socio, ne conseguirà che uno di essi può rendere frustranei i diritti degli altri col seppellire tanti cadaveri, a modo che non resti più luogo per altre illazioni. Quello stesso principio teleologico, che da noi fu addotto per legittimare l'autonomia del diritto di ciascun socio, ci sta ora di contro. Lo scopo della comune sepoltura è infatti posto in pericolo dall'autonomia del diritto più volte ricordato. Uno scrittore recente, il RANDA (*Il diritto di proprietà etc.* [das Eigenthumsrecht] § 9 p. 220 nota 30), occupandosi in genere del diritto sulla cosa competente al condomino, così scrive: «Ove si conceda senza riserva ad ogni partecipante lo sfruttamento «solidale conforme alla destinazione», si ha la possibilità della esclusione di fatto degli altri, ciò che è inammissibile». E nel testo così formola la norma relativa a questo *jus utendi*. «Che

ogni comproprietario senza l'assenso degli altri possa fare della cosa « l'uso conforme a destinazione » è solo da concedere in quanto nello sfruttamento solidario da canto di un partecipante non sia insita una esclusione degli altri dall'eguale sfruttamento ». Ora noi crediamo, che il diritto romano desse il mezzo di evitare appunto questi abusi. Ma anche qui conviene intendersi bene. Non si può pretendere, che un socio non usi della cosa comune in proporzione maggiore degli altri. La limitazione può stare solo in quanto l'uso dell'uno impedisca l'uso degli altri. L'ALTOGRADES (l. c.) osserva: « Immo usus rei communis etiam si sit magis frequens, non reputatur pro damno: cum id proveniat jure communionis, ut resolvit Rota Lucensis.... ». Certo è impossibile dare norme, che valgano in genere per tutti i casi. Il condomino, che si creda leso, potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria, coll'a. *pro socio*, coll'a. *communi dividundo* o coll'a. *familiae erciscundae*, secondo i casi. È vero, che molti negano l'esperibilità di queste ultime azioni, se non si tratti di addivenire alla reale divisione, ciò che a dir vero la legge proibisce in ordine a' sepolcri (fr. 30 fam. ercisc. 10 2.... *sed loca religiosa in judicium non deduci eorumque jus singulis heredibus in solidum competere* cfr. c. 4 de relig. 3, 44.) Ma, che queste azioni possano valere anche a regolare la comunione durante la sua sussistenza, e quindi sperimentarsi per procurare a' singoli comproprietari un uso della cosa corrispondente al loro diritto, mi pare cosa oramai assodata, sebbene non sia questo il luogo di svolgere le ragioni del mio modo di vedere (cfr. WINDSCHEID § 449 n. 4, § 169 nota 3; DERNBURG Pand. I 2^a ed. p. 451 § 196; REMELIN Ann. per la dogm. XXVIII p. 400 sg.; WENDT Pand. p. 324 sg.; VITA LEVI, *Della comunione dei beni*, I p. 208 n. 234). Come sempre, così in questi casi complicati, deciderà l'arbitrio del giudice, procurando di trovare una soluzione, che armonizzi tutti gli interessi, *quod omnibus utilissimum erit*. Tuttociò però non toglie nulla alla verità del principio generale da noi posto, e la prova ne è nella formola stessa del RANDA.

dissenziente, in caso di sepolcro famigliare od ereditario, provvede anche al diritto de' futuri chiamati.

A me pare, che tutto l'edificio della Cassazione si fondi sopra un falso supposto, e cioè, sull'idea, che la illimitata estensione dello *jus sepulchri* debba riferirsi al favore del sepolcro privato, *ne insepulta cadavera jacerent*. Contro questa supposizione può in prima linea osservarsi, che essa non risponde affatto alla lettera delle nostre fonti. Quando una decisione si inspira al pericolo di cadaveri insepolti, e in genere al favore della religione sepolcrale, i giureconsulti accentuano in modo energico questa ragion del decidere (fr. 43 cit.): ma anche qua, come notammo, nel senso unicamente di un pericolo di temporanea privazione di sepoltura, il solo pericolo, che vi era in Roma. In quanto alla massima *in commune sepulchrum etc.* e in genere al diritto di *inferre mortuum*, non si accenna punto a tale supposto pericolo: si considerano come figure e norme regolari. E questa maniera di esprimersi de' giuristi è perfettamente esatta, poichè è erronea affermazione, che nell'ordinamento sepolcrale romano vi fosse pericolo di cadaveri insepolti. Se un cittadino era facoltoso, non vi era certo a temere, che non trovasse il suo cadavere conveniente sepoltura. Era anzi consuetudine invalsa presso i Romani benestanti di provvedere alla loro sepoltura mentre erano ancora in vita, sia facendosela costruire, sia comprandola già finita, sia incaricando altri di questa bisogna. I meno abbienti avevano del loro sepolcro egual cura. Essi o direttamente curavano la costruzione di una sepoltura, sia pure modesta, o compravano da speculatori uno o più posti nel sepolcro collettivo da questi costruiti (MARQUARDT, *La vita privata dei Romani* [das Privatleben der Römer], Lipsia 1879, I p. 359), ovvero facevano ricorso ai *collegia funeraticia*, a quella caratteristica istituzione dell'antica Roma. Queste associazioni, o avevano per scopo esclusivo di provvedere ai funerali e al seppellimento (sia pure che prendessero nome da qualche divinità — *Collegium Ae-*

sculapii et Hygiae, Collegium Iovis Cerneni, Collegium salutare Dianae et Antinoi — Cfr. MOMMSEN *De collegiis et sodaliciis romanorum*, Kiliae 1843 p. 92 sg., ma ad un tempo anche MAX COHN (ora CONRAT), *Sul diritto romano di associazione* [zum römischen Vereinsrecht], Berlino 1873 p. 135 sg.), o erano associazioni industriali aventi sepolcro comune. Tra queste associazioni (inutile qui discutere se alcune fossero semplici *societates* e non *collegia*, cfr. MARQUARDT l. c. e *Amministrazione dello Stato romano* (römische Staatsverwaltung) III, 138 sg.; PERNICE, *Laboe* I, 305; MAX COHN, op. cit. p. 138 nota 13) si possono di nuovo distinguere due categorie: cioè anzitutto quelle che erano semplicemente casse per funerali, ossia fornivano i fondi per questi necessari, e quelle che per di più avevano luoghi speciali per la sepoltura degli associati (MAX COHN p. 135). Le prime davano il *funeraticium* all'erede testamentario, perchè provvedesse al seppellimento: non all'erede legittimo, poichè in caso di eredità intestata provvedevano esse direttamente (MOMMSEN, op. cit. p. 100 sg.). Le altre avevano le sepolture note sotto il nome di *columbaria*, ossia grandi camere o gallerie sotterranee con lunghe serie di piccole nicchie sovrapposte, così chiamate per la rassomiglianza, che avevano colle piccioni. Queste nicchie erano destinate a ricevere le urne cinerarie (*ollae*), e sovr'esse era una tavoletta di marmo col nome del defunto. Questi *columbaria* dividevansi d'ordinario fra i soci in parti eguali (*partes viriles, sortes*), comprendenti un certo numero di *ollae*, *loci*. Queste sepolture erano di regola nella libera disponibilità del partecipante, che poteva venderle, donarle, legarle etc. (PERNICE op. cit. I, 305; MAX COHN op. cit. p. 139; cfr. però BONFANTE op. cit. p. 176 sg.), come del resto si poteva sostituire altri a sè nella *societas*, entro i limiti portati dalla fondazione (MOMMSEN op. cit. p. 93; MAX COHN p. 137). Si capisce già dall'indole stessa dell'istituzione, che essa avea per scopo di provvedere al seppellimento de' meno agiati, e il nome stesso di *collegia tenuiorum* lo prova (MOMMSEN op. cit. § 13 p. 87

sg. e *Zschr. f. Rechtsgeschichte* XV, 359, *Staatrecht* I p. 341: *quas solo nei più bassi strati sociali*), sebbene non manchi chi neghi essere da confondere questi *collegia* coi *funeraticia* (MAX COHN op. cit. p. 100 sg.). Si capisce facilmente come queste associazioni fossero pur esse un mezzo potentissimo per togliere il pericolo, che cadaveri giacessero insepolti.

D'altra parte basta rammentare con quanta cura intervenisse l'autorità per far sì che il seppellimento avesse luogo, facendo all'occorrenza vendere cose ereditarie, e accordando il rimborso delle spese funebri anche a chi le avesse anticipate nolente l'interessato (fr. 14 § 3 de relig. 11, 7, e su questo SCIALOJA, *Foro, it., retro*, col. 943). Talchè si può dire, che se appena qualcosa vi era di attivo nel compendio ereditario, questo andava impiegato per la sepoltura. Cosichè il pericolo dell'inseppellimento non vi è poteva essere che per i nullatenenti. Ma qua appunto lo Stato interveniva, provvedendo un sepolcro in territorio pubblico (MOMMSEN op. cit. p. 92 nota 2): quando uomini pietosi non curavano coi loro denari la costruzione di tombe comuni pei poveri (MARQUARDT op. cit. p. 361). Uno di questi pubblici luoghi di sepoltura era fino ad Augusto il *Campus Esquilinus* (VARRO de l. l. V. 25: HORATII *Serm.* 1. 8 17, e i citati in MARQUARDT op. cit. p. 332 sg. 361; PRELLER l. c.) e più tardi fu il seppellimento effettuato in siti più lontani. Anche nelle altre città vi erano queste località destinate a' sepolcri pubblici. Così FRONTINO (*De controversis agrorum*, ed Lach. 55) scrive: «*Habent et Respublicae loca suburbana inopum funeribus destinata, quae loca culinas appellante*».

Questi i mezzi generali. Ma le relazioni speciali fra certe classi di persone erano pure causa, che vi fossero speciali facilitazioni pel seppellimento. Così certamente non può essere rimasto insepolto il cadavere di un cittadino, che apparteneva ad una *gens*, perchè questa, come aveva comuni i *sacra*, aveva pure comuni per tutti i suoi membri i *sepulchra*. «*Magnum est*, scrive CICERONE (*De off.* I, 17, 55 cfr. *De*

legib. II, 22, 55) *eadem habere monumenta maiorum, iisdem uti sacris, sepulchra habere communia.* » E il raffronto fra la nottissima formola sepolcrale, *ne de NOMINE exseat*, colla definizione *gentiles sunt qui inter se EODEM NOMINE sunt*, conferma l'esistenza di tali sepolcri (cfr. MOMMSEN op. cit. p. 25 seg.; PRELLER l. c.; FUSTEL DE COULANGES *La cité antique*, 11 ed. p. 34 sg. 67sg.; KARLOWA *Rechtsgeschichte* § 2 p. 35; MARQUARDT op. cit. p. 353 sg.). In questi sepolcri erano collocati i clienti, come quelli che, sebbene quali membri passivi, appartenevano alla *gens*, ne portavano il *nomen*, e partecipavano dei *sacra gentilitia* (MARQUARDT l. c.; FUSTEL DE COULANGES op. cit. p. 67 nota 4; WILLEMS *Le droit public romain* 6 ed. p. 39). Il liberto è pur esso da principio seppellito nella tomba della famiglia, come anche gli schiavi (FUSTEL DE COULANGES l. c. e p. 127; MARQUARDT p. 353). Ma appresso i liberti non furono più ammessi se non erano eredi (fr. 6 de relig. 11, 7), o se espressamente non ordinava ciò il patrono. Ma questa volontà non si riteneva sufficientemente manifestata colle iscrizioni generiche sepolcrali comunissime (*libertis libertatibus* c. 6 de relig. 3, 44). Nei testamenti questo seppellimento è espressamente concesso o vietato (MARQUARDT p. 354; e su tutto quanto è relativo alla sepoltura dei liberti LEMONNIER, *Étude historique sur la condition privée des affranchis* etc. Paris 1887 p. 157 sg.). Lo schiavo poi fu presto escluso dalle tombe comuni. Però le famiglie ricche costruivano *columbaria* appositi pei liberti e pei servi, e specialmente gli imperatori solevano ciò fare. O altrimenti si curava di far partecipare liberti e schiavi ai *collegia funeraticia* di cui sopra (MARQUARDT, LEMONNIER l. c.). Questa esposizione, che può parere troppo lunga, era però necessaria per mostrare come nell'organamento sepolcrale romano manca affatto il pericolo dell'insepoltura di cadaveri, pericolo che forma il caposaldo della teoria della Cassazione.

Eguale mente infondata è l'altra idea della Cassazione, che in sostanza lo *jus sepulchri* romano tendesse a formare dei

che la libertà di testare riconosciuta nel *paterfamilias* ritenesse diretta alla spogliazione dei figli. Certo, contro questo nostro modo di vedere non può addursi la circostanza, che ne' sepolcri gentilizi e famigliari si seppellivano clienti, liberti e persino schiavi. Queste persone erano parte della *gens* e della *familia*, e sottoposte alla protezione degli Dei famigliari. Certamente queste idee vennero mano a mano perdendo della loro energia. Ma che ci si tenesse pur sempre, e che si volessero rispettate da' posteri, è accertato da ciò, che non poche sono le iscrizioni sepolcrali in cui direttamente o indirettamente è vietata l'illazione d'estranei (cfr. BRUNS *fontes* 5 ed. p. 307). Il costume romano ammise però, che ad amici carissimi si potesse dare sepoltura anche nelle tombe gentilizie. « Sane amicis in sepulchro locum dare, scrive il MOMMSEN (Op. cit. p. 26), moris erat apud Romanos; quod de Ennio in Scipionum sepulchro constituto Cicero tradit (*Pro Archia* 9, 22) multique praeterea lapides comprobant » (MARQUARDT op. cit. p. 353 nota 7). Ma la limitazione e la portata dell'eccezione stanno a mostrare come sia profondamente erroneo il concetto della Corte di cassazione. Del resto non si può neppure negare, che la limitazione da noi accennata come portata dal *fas*, abbia avuto una qualche influenza sullo *jus*. Gaio infatti (II, 6) scrive: « Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat ». Secondo Gaio adunque non basta la proprietà del fondo, ma si vuole ancora qualche cosa, che accenna a quei vincoli di cui sopra fu parola. Da tutto quanto siamo venuti esponendo ne pare risulti ad evidenza, che la conformazione dello *jus sepulchri* romano non si può attribuire alla mancanza di pubblici cimiteri ed al pericolo di cadaveri insepolti.

La riprova di questa conclusione si ha in questo, che se il supposto mutamento nel concetto della *jus sepulchri* fosse vero, esso sarebbe avvenuto senza il corrispondente cangiamento nell'ordinamento dei luoghi di sepoltura, da cui la

Cassazione lo fa dipendere. Il primo germe di un cimitero destinato ad accogliere i cadaveri delle persone appartenenti ad una determinata associazione è ne' *collegia funeraticia* già rammentati. Le catacombe cristiane, a parte la mancanza di un contributo periodico, rappresentano appunto luoghi di sepoltura legati ad una determinata associazione religiosa, e così anche i posteriori cimiteri, che sostituirono le catacombe. Epperò non divido del tutto l'avviso del MARQUARDT (op. cit. p. 361), secondo cui nulla vi sarebbe di comune tra le catacombe e i sepolcri antichi (cfr. p. e. MAX CONN op. cit. p. 40 sg. nota 24). Osserverò semplicemente, che per le tombe gentilizie e per quelle delle associazioni poste sotto la protezione di una divinità, è vero come per le catacombe, che solo quelli riuniti dalla stessa religione vi potevano essere seppelliti. La differenza sta nella trasformazione del concetto di religione. I nuovi cimiteri ebbero carattere confessionale, nè lo Stato se ne preoccupava. Talchè il cimitero cristiano, se rappresenta già una evoluzione verso l'idea di un cimitero comune a tutti i cittadini, non può essere considerato, nè come un cimitero pubblico, nè come una istituzione tale da togliere il pericolo, che *insepulta cadavera jacerent*, e da produrre la pretesa radicale innovazione nel concetto dello *jus sepulchri*. E ciò specialmente ove si ponga a raffronto la serie di esclusioni portata dal diritto canonico con quella ammessa dalle leggi romane. Infatti, se è vero che, fino a una certa epoca, i cadaveri dei condannati erano gettati senza sepoltura nell'Esquilino (MARQUARDT op. cit. p. 333), questa eccezione scomparve già prima che il Cristianesimo diventasse religione dello Stato, perchè nel 290 di C. gli imperatori Diocleziano e Massimiano disponevano (c. 11 de relig. 3. 44): « obnoxios criminum digno supplicio subiectos sepulturae tradi non vetamus ». Altro caso di divieto della sepoltura è pei suicidi. Invece secondo i dettami della Chiesa cristiana la lista delle esclusioni è rilevantissima. È vero che i canonisti partono dal principio che

Però quei canonisti, che ammettono la esistenza di un vero e proprio diritto reale di sepolcro, ne danno un concetto, che non armonizza punto colle risultanze cui giunge la Casazione. La prima conseguenza delle dottrine di questa dovrebbe essere, che se uno nel suo sepolcro ha diritto soltanto di essere seppellito, non di *inferre mortuum*, non possa trasmettere nell'erede questo diritto ristretto alla sua persona. Ora i canonisti sono d'accordo nel ritenere che, se non si tratta di sepolcro familiare, la trasmissione ha sempre luogo. Così la Rota romana: «In familiaribus autem illi soli de familia sepeliri possunt: in hereditariis vero etiam heredes et successores adquirunt jus sepeliendi privative quoad alios» (decis. 22 sub num. 2 part. 3). «Jura sepulchrorum esse transitoria ad heredes etiam extraneos» (decis. 226 num. 3 part. 2). PANIMOLLIS (*Fori ecclesiastici decisiones civiles, morales et criminales*, Romae 1685 Decis. V. adnot. III n. 67 vol. I p. 123): «Jus sepulchrorum transit ad heredes etiam extraneos, l. ius sepulchri l. si sepulchrum C. de relig. et sumpt. funer. Paris. cons. 149 lib. 4. Molin. de primogen. Hisp. cap. 23 n. 35 lib. I, secus autem si versemur in juri-bus sepulchrorum filiorum, et sic sanguinis....». DE REYGER (*Thesauri iuris*, Francof. 1667 vol. II col. 1155 v. Sepultura n. 18): «Sepulchrorum jura an ad extraneos transeant? Dist. jure civili familiaria ad solos de familia pertinent. l. familiaria ff. de religiosis et sumpt. funer. l. 4, 8, 9 c. de religiosis. Jure canonico extraneus non sepeliendus est in sepulchris agnatorum defuncti, sed quilibet sepeliri debet ubi sunt sepulti majores de linea masculina: c. l. de sepulchr.». DUNOZETUS (*Decisiones Romae* 1638 decis. 770 vol. II pag. 148): «.... Quia illi probant se descendere cum qualitate hereditaria a successoribus dictae Franciscæ, quæ qualitas successive transtulit jus d. sepulturae in omnes eiusdem Franciscæ heredes, l. familiaria 13 ff. de relig. et sumpt. funer. l. jus sepulchri C. eod.... ubi quod tale ius transit etiam ad heredes». IL DE LUCA (*Theatrum verit. et justit.* Miscell. ec-

clesiast. disc. XXVIII n. 7 seg.) poi scrive, che: «sepulchrum dicitur esse in hereditate et transit ad heredes, quoties non constet illud esse familiare.... adeo ut remaneat in hereditate, atque affectum sit debitis hereditariis, pro quorum dissolutione vendi potest». Ricordata poi la massima dei canonisti, che «disposita per ius civile in materia sepulchrorum, locum non habent de iure canonico, cum non concedatur. Principi laico disponere super spiritualibus», la rettifica nel senso, che essa debba valere solo ne' rapporti colla Chiesa e in quanto tocca la libertà di questa, «non autem ad effectum perinentiae patronalis inter privatos» (Cfr. pure lo stesso DE LUCA *de iure patronatus* disc. LII, n. 10. LIII, n. 3). E questo passo sta anche in genere a provare come le disposizioni del diritto romano sui sepolcri fossero, nel rapporto che per noi è interessante, mantenute nella pratica, come appare dalla giurisprudenza rotale riferita dal DE LUCA. Come conseguenza possiamo affermare, che i canonisti, non solo accettano in via di principio la trasmessibilità *iure hereditario* dello *ius sepulchri*, ma anche lo *ius mortuum inferendi* nel titolare. Quando altra prova mancasse, il passo stesso del FERRARIS addotto dalla Cassazione contiene la dimostrazione dell'erroneità della tesi da questa sostenuta. Dato infatti per un momento, che la unanime volontà dei titolari sia indispensabile per la illazione del cadavere di un estraneo, appare dal passo citato, che tale requisito non solo è *necessario*, ma anche *sufficiente*. Ora, se l'unanimità degli aventi diritto può ciò fare, lo potrà anche la volontà di colui, che dello *ius sepulchri* è titolare esclusivo. E questo infatti ammette anche il FERRARIS espressamente nell'articolo citato, poche linee prima del passo riferito dalla Corte. Il BARBOSA (*Jus ecclesiast. univers.* Lugduni 1667 lib. II cap. X p. 69 n. 11-12) poi avverte: «Tribus modis locus sepulturae dari potest: primo, ut is cui datur, fiat dominus eius: secundo, ut habeat jus sepeliendi in eo mortuos suos: tertio, ut possit sepelire aliquem in eo, ut satis videtur colligi ex textu in cap. *abolendae* de se-

pultur. et notatis per Innocent. Panormit. et alios ibi, et ex Clementina *dudum § huiusmodi* eod. tit. cum ibi annotatis per Card. et alios et per Hyeron. Roderic. de resolut. 128 n. 11. ». Notato quindi che la prima figura giuridica è impossibile, «quia rei sacrae dominium nullus potest habere», ammette le altre due. Anzi è notevole che il BARBOSA, non solo non riconosce la limitazione voluta dalla Cassazione, ma, presupposto lo *jus inferendi*, distingue fra la podestà di seppellire i suoi e quella di seppellire altri (*suos-aliquem*), e non immagina nemmeno uno *jus sepulchri* col contenuto ristretto al *sepeliri*. Ed il DE LUCA (cit. disc. LII n. 11 de jure patronatus) presuppone come indiscutibile il diritto di *inferre extraneum*. Aggiungasi poi che tutti i canonisti pongono come indiscussa la norma, che in prima linea viene la sepoltura, che uno si ha eletto. E in proposito soggiungono che occorre il consenso di colui che ha lo *jus sepulchri* nel luogo prescelto. Così il FERRARIS l. c.; così ancora, p. e., il MARANTA (*Consilia sive responsa* Venetiis 1591 cons. 100 n. 5 p. 129) «sepeliri nemo potest in sepulcro alteri competenti invito eo». Ciò mostra, che la volontà del titolare basta per che sia ammesso un estraneo nel sepolcro. L'errore fondamentale da cui la Corte si lascia trascinare è, che il diritto canonico guardi con disfavore il sepolcro particolare. Mentre invece, se è vero che replicatamente si afferma, che la esistenza di un particolare *jus sepulchri* ha da essere provata colla dimostrazione del titolo costitutivo, è pur vero che, provata la esistenza del sepolcro, non si adottano criteri restrittivi per ammettere più persone a parteciparne (Cfr. DE LUCA cit. disc. XXVIII n. 6 miscellanea). Talchè non può dubitarsi che il contenuto dello *jus sepulchri* restò in genere qual era nel diritto romano, e cade la base di tutta l'argomentazione della Corte.

Resta solo in favore della tesi, che il socio può *invitis ceteris* introdurre un cadavere d'estraneo nel sepolcro comune, il passo del FERRARIS, tolto dall'opera più sopra citata.

Ma la poca attendibilità di questa testimonianza appare senz'altro, quando tutta la evoluzione dello *jus sepulchri*, che essa doveva servire a mostrare, è stata per altra via provata insussistente. A parte ciò, il passo in sè stesso non ha serio valore. Anzitutto riproduciamolo nella sua integrità, aggiungendovi le citazioni tralasciate dalla Corte.

« Si plures sint patroni, debent omnes consentire, nec sufficit consensus majoris partis ad hoc ut cadaver illius, qui elegit sepulturam in alieno sepulchro, possit ibidem sepeliri, textu expresso in leg. *si plures* ff. 41 de religiosis: ibi: si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent cum extranei inferantur. Quod enim omnes tangit, ab omnibus approbari debet, textu expresso in cap. *ad haec* 7 de offic. Archidiacon: ibi: cum ab omnibus debet quod omnes tangit approbari ».

Ora a me pare che non si possa con fondamento dire, come fa la Cassazione, che il FERRARIS voglia rilevare la nuova coscienza e la nuova idea della destinazione del sepolcro privato. In buona sostanza la Corte dice: i romanisti tengono ancor fermo l'antico concetto dello *jus sepulchri*, almeno pei sepolcri ereditari (e in proposito si cita lo STRYCK); i canonisti invece, p. e., il FERRARIS, ispirandosi alle nuove idee e liberi dai preconetti romanistici, negarono in genere al titolare del sepolcro privato lo *jus mortuum inferendi*. Ora questo canonista radicalmente innovatore non fa che ispirarsi al diritto romano e citarne i testi, e in tanto crede di dire cosa giusta in quanto è detta (o crede sia detta) dalle fonti romane. Volemmo completo riprodurre il passo del FERRARIS, perchè dal suo assieme risulta, che egli volle semplicemente seguir la dottrina romana. Ora il frammento addotto dal FERRARIS a sostegno delle sue teorie nulla ha da vedere colla questione di cui noi ci occupiamo, perchè in esso Callistrato parla di illazione in luogo puro, e, giustamente, come già vedemmo, richiede per ciò l'assenso di tutti i condomini. Se non fosse altro, questa interpretazione è

imposta dalla materialità stessa delle espressioni *domini e loci*, che accennano necessariamente a *locus purus*, e dalla seconda parte del testo, che non è possibile spiegare, se si parte dal supposto, che si tratti di *commune sepulchrum*. A prima vista, leggendo isolato il passo del FERRARIS, credemmo che egli intendesse parlare del caso di più compatroni, che dovessero accordarsi perchè fosse permesso il seppellimento in sito non ancora destinato a sepolcro, perchè così faceva supporre la citazione romana e anche quella desunta dal diritto canonico. Ma a parte il riflesso, che se l'assenso del patrono è necessario pel seppellimento a stregua del diritto ecclesiastico protestante (CARPZOVIVS, *Definitiones ecclesiasticae etc. Lipsiae* 1665 defin. 390 p. 598 lib. II tit. XXIV), non lo è affatto pel diritto ecclesiastico cattolico (BARBOSA op. cit. lib. II cap. VII e c. un. extrav. *de jure patr.* in 6°), nel n. precedente il FERRARIS esplicitamente dichiara, che per *patronus* si deve intendere il titolare dello *jus sepulchri*. Talchè il FERRARIS è certo favorevole all'assunto della Corte. Ma ciò non toglie che questa testimonianza sia senza valore. Già osservammo che questo passo in sè è la prova più diretta per mostrare che la pratica canonistica tenne fermo il concetto romano dello *jus sepulchri*. Ripetiamo ancora che il FERRARIS, più che ispirarsi a nuove idee, crede (molto erroneamente) di sostenere le antiche romane. Soggiungerò che il riflesso finale non ha valore, perchè se l'uso della cosa comune è un diritto, che spetta a ciascun socio, indipendentemente dall'assenso degli altri, ne viene che qua non si può parlare di cosa che *omnes tangit*. Nè credo si voglia arrivare fino a sostenere che il diritto canonico ha della comproprietà in genere un concetto diverso dal romano, e che questo diverso concetto è quello anche del nostro legislatore. Il vero è che anche scrittori come il SABELLI (di cui citammo i passi), che affermano i principi canonici dovere prevalere in tema di sepoltura, nella soluzione della nostra questione accettano la dottrina romana. Senza

contare lo STRYCK, l'ALTOGRADO e gli altri pratici, che appunto perchè tali, espongono e rappresentano le idee comunemente accettate. Citeremo infine il RICHERI, i cui insegnamenti sono la risultanza della fusione di vari elementi, romano, canonico e delle RR. Costituzioni piemontesi (*Univ. civ. et crim. jurisprudentia*, Placentiae 1790, III § 20 p. 13). Egli espone anzitutto le norme romane relative a' sepolcri, e tra le altre quella che ora ci intrattiene. Poi soggiunge: «Haec jure romano obtinebant. Sed postquam apud Christianos mos invaluit, ut in ecclesiis vel coemeteriis defuncti tumulentur, in aliquibus inde recessum est, retentis aliis». Enella esposizione di questi mutamenti invano si cercherebbe un accenno alla restrizione del concetto generico dello *jus sepulchri*, od alla necessità del consenso unanime dei titolari del sepolcro per la illazione del cadavere di un estraneo.

In definitiva la pretesa evoluzione del concetto di *jus sepulchri* scompare, e resta solo a vedersi se, anche considerato indipendentemente da questa trasformazione, il concetto del diritto privato di sepolcro, quale lo tratteggia la Cassazione, possa ammettersi di fronte al nostro sistema legislativo. Vediamo anzitutto di riassumere brevemente ed esattamente in una formola questo concetto. «Lo *jus sepulchri* è un diritto d'uso assolutamente personale, per cui determinate persone, designate, vuoi individualmente, vuoi per ragione familiare od ereditaria, sono seppellite in luoghi separati ne' pubblici cimiteri». Al concetto della Cassazione troviamo opporsi ostacoli insuperabili. Anzitutto la trasmissibilità ereditaria dello *jus sepulchri*. La sentenza ammette i sepolcri ereditari, e ciò dovrebbe già bastare a mostrare che lo *jus sepulchri* non può avere carattere meramente personale. Ma il principio della trasmissibilità è negato da qualche scrittore anche pel diritto romano, e non sarà fuori di luogo qualche osservazione al riguardo. Il KÖPPEN (*Trattato dell'attuale diritto romano ereditario* [Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts] I. 1886 p. 33, 34 note

3. 4) afferma, che fra le *res quae extra nostrum patrimonium habentur*, le quali alla morte di un *pater familias* non formano parte del compendio ereditario, sono gli *jura sepulchrorum*, perchè non avendo essi nessuna destinazione economica si sottraggono ad ogni rapporto patrimoniale. I diritti di sepoltura, contenuto de' quali è di vegliare all'inviolato mantenimento del sepolcro, e di potere seppellire in questo anche altre persone, non vengono meno colla morte del titolare, ma passano altre ad persone, però non *jure hereditario*, come elementi della eredità del *de cuius*, ma *jure proprio*, indipendentemente dal suo patrimonio, essi trapassano a certi membri della famiglia. Agli eredi del titolare pervengono solo per ciò che essi appartengono alla sua famiglia. A sostegno di queste affermazioni il KÖPPEN invoca il fr. 20 § 5 de a. v. o. h. 29, 2 e la c. 8 de religiosis 3, 44. Ora se da un canto è esagerazione il sostenere (p. e. ZRODŁOWSKI *Il diritto romano privato* [das röm. Privatrecht] II p. 63), che il titolare dello *jus sepulchri* ha sul sepolcro un vero diritto di dominio, che tale *jus* è la forma sotto cui nel caso si appalesa la proprietà, e che quindi questo diritto, come qualunque altro dominio, è trasmissibile; dall'altro canto sono erronee le affermazioni del KÖPPEN. Anzi tutto le fonti stesse accentuano la trasmissione dello *jus sepulchri* a mezzo della eredità: *etsi per hereditatem obtigit haec actio* (fr. 10 sep. viol. 47. 12/ cfr. fr. 18 § 2 fam. ercisc. 10. 2; c. 4 de relig. 3. 44. e BIRKMEYER *Sul patrimonio in senso giuridico* [ueber das Vermögen im juristischen Sinne] p. 265 nota 612). D'altro canto il nome stesso di sepolcro *ereditario* non lascia luogo a dubbi. Se lo *jus* spetta all'erede *come tale*, se, come lo stesso KÖPPEN riconosce, quel che passa in questo erede non è un diritto nuovo, ma proprio lo stesso che spettava al *de cuius*, si ha ragione di domandare se sia serio il negare la trasmissibilità ereditaria. È erroneo poi il dire, che il diritto passa negli eredi perchè membri della famiglia. Ciò potrebbe sostenersi pei *sepulchra familiaria* (seb-

bene anche su questi abbiano diritto gli eredi estranei, c. 13 de relig. 3. 44 è cfr. Glück XI § 768 p. 403), non per gli *hereditaria*. E i passi addotti nulla provano. Il fr. 20 § 5 de a. v. o. h. 29. 2, se pone il figlio in relazione ad un sepolcro ereditario, è perché il figlio è chiamato all'eredità; e ad ogni modo il figlio ha sempre diritto al sepolcro ereditario. La c. 8 eod. tit. poi parla di sepolcri famigliari. E, francamente non possiamo renderci ragione, né della citazione di questi passi, né della affermazione del KÖPPEL, che sopra riferimmo. La intrasmissibilità del *jus sepulchri* può sembrar vera di fronte al riflesso, che non ha essa nessuna destinazione economica, e quindi carattere patrimoniale. Il fr. 5 § 8-11 de d. i. v. e. u. 24, 1 suffraga questo concetto. Ma qui si ha solo un ragionamento sbagliato di Ulpiano. La locupletazione della moglie donataria è discutibile, benché a noi sembri che possa *movere quemquam* il riflesso di cui Ulpiano non vuol tener conto, che *emeret nisi a marito accepisset*. Ma è invece indiscutibile l'impovertimento del marito donante, di cui Ulpiano non si occupa, e che prova l'erroneità della sua motivazione. La vera ragione del decidere è, che qua non sussistono i motivi del divieto delle donazione fra marito o moglie, *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (fr. 1 eod. tit.). Non è certo per la donazione della sepoltura che si può pensare ad artifici, che possono finire col condurre alla rovina uno de' coniugi per favorir l'altro. E ancora: la sepoltura è sempre da favorire, tanto più dati i rapporti fra i coniugi, e tenuto conto che in certi casi può il marito essere tenuto a seppellire a sue spese la moglie (fr. 28, h. t.), e viceversa (cfr. Glück XI § 771 p. 418). Talchè anche questo riflesso non va contro la trasmissibilità ereditaria dello *jus sepulchri*. Possiamo in proposito concludere col WARRIUS (*Sulla dottrina delle cose sottratte al commercio giuridico* [zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen] p. 14): «.... lo *jus sepulchri et monumenti*... è un diritto, che

passa *jure hereditario* negli eredi del primo fondatore». E questi riflessi in genere stanno ancora pel nostro diritto. In ordine al quale su questo punto e sul punto della alienabilità dello *jus sepulchri* rinviemo a quanto abbiamo scritto altra volta in questo giornale. Ora la ereditarietà, ammessa dalla Cassazione, e la alienabilità sono incompatibili col carattere personale del diritto.

Ma il ragionamento della Cassazione anche da un altro lato pecca di contraddizione. Se il diritto di sepolcro è *personae cohaerens*, com'è che per volontà dei fondatori esso può ricevere un diverso carattere? Se è un principio fondato sul nuovo ordinamento de' sepolcri, e quindi sopra ragioni di interesse pubblico altissimo, quello su cui si fonda il nuovo concetto del diritto privato di sepolcro, come può tollerarsi al contraria volontà delle parti? Ammettere che possa per eccezione esservi un diritto di sepolcro con carattere non strettamente personale, è la condanna più manifesta della teoria che combattiamo. «Una regola tollera contraddizioni, cioè eccezioni, scrive IHERING (*La volontà possessoria* [der Besitzwille] p. 337), un concetto no». E appunto la Cassazione pone la personalità come momento del concetto di *jus sepulchri*.

Che se ci poniamo dal punto di vista della nostra legislazione attuale, non troviamo nulla che legittimi il carattere così severo, che si vuol dare al diritto di sepolcro. Certo le sepolture private nei cimiteri costituiscono la eccezione: ma è eccezione non riprovata. Per persuadersene occorre anche qua tenere presenti gli scopi, che il nostro ordinamento de' sepolcri si propone. Provvedere alle ragioni d'igiene e di pietà. Ora, una volta che il seppellimento nelle tombe private si effettua colle norme segnate nel regolamento generale sanitario, e con quelle speciali pei singoli cimiteri comunali, in che si lede la pubblica igiene, quali pericoli può questa correre? O non sono forse le ragioni di pietà meglio tutelate colla sepoltura separata? Si

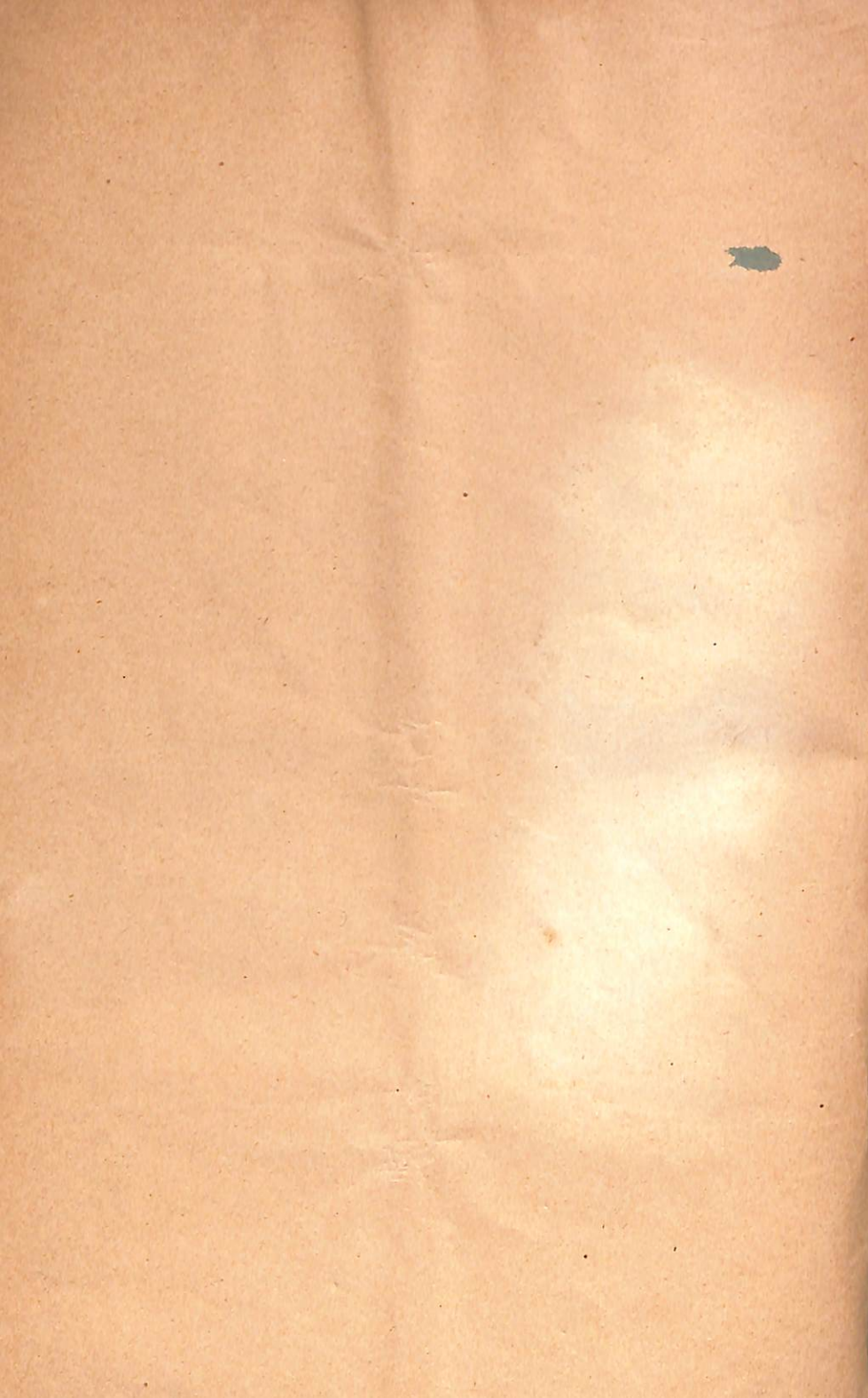
interroghi la coscienza pubblica, e si vedrà che, malgrado la forte corrente democratica, che pervade la vita nostra attuale, risponde a' desideri di tutti lo avere un posto separato, a fin che la pietà dei cari, congiunti od amici, possa più facilmente e decorosamente esplicarsi nel culto dei trapassati. Se interroghiamo il regolamento generale sanitario, questo lascia impregiudicata la questione pei singoli cimiteri, in ordine all'ammissibilità dei cadaveri nei sepolcri privati. Però a noi pare che in genere riconosca la possibilità di una piena libertà d'introduzione. All'art. 146 discorre di cappelle *private* e *gentilizie*. Ora quest'antitesi altro non può significare, se non che vi sono cappelle in cui possono ammettersi soltanto persone appartenenti a una determinata parentela, e altre per l'illazione nelle quali non vi è vincolo di sorta, e sono da porre nella disponibilità del titolare come qualunque altro bene privato, purchè, beninteso, se ne serva per quell'uso cui la sepoltura è esclusivamente destinata. E lo stesso regolamento, parlando delle cappelle o tombe poste fuori dei cimiteri, non distingue fra i cadaveri che vi si possono ammettere, e pone solo per condizione, che si tratti di resti di cadaveri disseppelliti dopo il decennio (art. 146 alinea 2°). Dei regolamenti municipali, alcuni escludono dalla sepoltura privata quelli che non sono legati da vincolo di parentela entro un certo grado, altri, e sono i più, non pongono limiti di sorta. Di fronte a questi ultimi, come può reggere la dottrina della Casazione? Suppongasi che altri faccia acquisto di un'intera cappella in un cimitero comunale, il cui regolamento non sia restrittivo dello *jus mortuum inferendi*. Quale sarà mai il contenuto del diritto acquistato da costui? Certo non quello soltanto di potere essere separatamente seppellito. A che servirebbero diversamente gli altri loculi? Chi potrebbe vietargli di introdurre in questi i cadaveri di quelle persone che a lui piace? In ordine alle sepolture private nei cimiteri conviene ricordare sempre quanto scrive il Kon-

LER nella recensione al citato libro del RANDA (Zschr. für Handelsrecht XXXII p. 4 dell'estratto), sulle cose destinate a servizi pubblici. Tali cose sono appunto gravate di una destinazione a scopo pubblico, e intanto può farsi innanzi il diritto privato, in quanto non è in contraddizione con tale destinazione. Ma questo diritto privato entro tali limiti si svolge liberamente. E che cosa si dovrà poi dire di una cappella mortuaria privata, costruita, fuori del cimitero, da una persona? Si potrà negare a questa il diritto di introdurre quei cadaveri che vuole, salva l'osservanza del regolamento generale sanitario? Adunque se è vero che le sepolture private costituiscono un'eccezione, e sono destinate per persone determinate, ciò non fa che questa determinazione debba aversi *a priori*. Il tipo normale dello *jus sepulchri* è per la determinazione per parte dell'attuale titolare. Se il titolo costitutivo o se il regolamento municipale pone limitazioni, ciò deve considerarsi come un'eccezione, che non bisogna prendere per base nel ricostruire il concetto regolare. La dottrina della Cassazione è senza base nella legge, perchè non v'è in alcuna disposizione una restrizione o un accenno a restrizione; non ha per sé la tradizione romana, nè la canonica; va contro le idee dell'universalità. E se il contenuto normale dello *jus sepulchri* è *sepeliri et mortuum inferre*, se le norme della comunione, dato tale contenuto, mostrano la necessità di riconoscere in ciascun titolare di un sepolcro comune la facoltà di *inferre mortuum invitis ceteris*, bisognerà concludere che la soluzione data dal diritto romano alla nostra questione deve essere accettata anche nel diritto italiano. Anche qua vi è la possibilità di una restrizione. E l'accenniamo appunto colle parole del SARELLI (op. cit. p. 157 n. 5): «Quod ego intelligerem nisi aliter sit expresse conventum inter socios, vel quod sepultura pro illis tantum deservire debeat».

C. Fadda



115737





IL FORO ITALIANO

RACCOLTA GENERALE

di

GIURISPRUDENZA CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, AMMINISTRATIVA

Corti di Cassazione - Corti d'appello - Tribunali civili e correzionali
Consiglio di Stato - Corte dei conti.

Tribunale Supremo di Guerra e Marina - Giunta parlamentare per le elezioni
Consigli dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori.

DIREZIONE

DE CRESCENZIO avv. cav. Nicola
Prof. di diritto romano nell'Università di Napoli.

SCIALOJA cavaliere Enrico
Avvocato in Roma

REDAZIONE

SABBATINI avv. GIUNIO

Prof. pareggiato di procedura civile nell'Università di Roma
(Redattore-capo)

Pinoherle cav. avv. Gabriele - Millelire-Albini avv. A. - De Pirro avv. V. - Romano avv. cav. Vincenzo
Baldoni avv. Gustavo

Il giornale è diviso in quattro parti con numerazione distinta:

I. *Parte civile e commerciale* (Corti di Cassazione, Corti d'appello e Tribunali);

II. *Parte penale* (id.);

III. *Parte amministrativa* (Consiglio di Stato, Corte dei conti, Consigli dell'Ordine e di disciplina, Camera dei deputati);

IV. *Repertorio annuale*. Questo Repertorio contiene le massime delle sentenze pubblicate nel *Foro italiano*, ed inoltre le massime di tutte le sentenze pubblicate da tutti i 51 giornali giudiziari che vedono la luce in Italia nell'anno, nonché l'indicazione di tutti gli articoli di diritto pubblicati dagli stessi giornali, dalle riviste giuridiche e dal *Foro italiano*, e di tutte le monografie ed opere pervenute alla Direzione del periodico nel corso dell'anno.

La Direzione spedisce gratis alcuni numeri del giornale a titolo di saggio a tutti coloro che ne facciano richiesta.

La DIREZIONE e l'AMMINISTRAZIONE del Giornale, sono in Roma, Via Palermo 34 e Via Genova 21.

Prezzo di associazione Lire 24 l'anno

pagabili anticipatamente

Chi vorrà pagare a rate dovrà inviare all'Amministrazione L. 6,25 per trim. o L. 12,50 per sem.

L'EDIZIONE ORIGINALE E STEREOTIPA

VOLUMI ARRETRATI 1876 al 1887 per gli associati L. 10 ciascuno, compreso il **REPERTORIO**
per i non associati L. 25 — Soli **REPERTORI** L. 10 ciascuno.